



Roj: **STS 839/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:839**

Id Cendoj: **28079130022018100079**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **06/03/2018**

Nº de Recurso: **933/2017**

Nº de Resolución: **358/2018**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JESUS CUDERO BLAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 3819/2016,**  
**ATS 5046/2017,**  
**STS 839/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Segunda**

**Sentencia núm. 358/2018**

Fecha de sentencia: 06/03/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 933/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas

Procedencia: T.S.J.ASTURIAS CON/AD

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

Transcrito por: Emgg

Nota:

R. CASACION núm.: 933/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Segunda**

**Sentencia núm. 358/2018**

Excmos. Sres.



D. Jose Diaz Delgado, presidente  
D. Angel Aguillo Aviles  
D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco  
D. Francisco Jose Navarro Sanchis  
D. Jesus Cudero Blas

En Madrid, a 6 de marzo de 2018.

Esta Sala ha visto en su Sección Segunda, constituida por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso nº **933/2017**, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que le es propia de la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**, contra la sentencia de 28 de noviembre de 2016, de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, pronunciada en el recurso nº 26/2016, sobre devolución de retenciones ingresadas a efectos del IRPF. La parte favorecida por la sentencia impugnada no ha comparecido en el recurso de casación.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. Resolución recurrida en casación y hechos del litigio.

1. Este recurso de casación tiene por objeto la sentencia pronunciada el 28 de noviembre de 2016 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, desestimatoria del recurso 26/2016.

2. Los hechos sobre los que ha versado el litigio son los siguientes:

a) Don Victoriano fue beneficiario de una beca del Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX) en virtud de la que suscribió un contrato, conforme al cual desarrollaría su labor, desde el 1 de octubre de 2010 hasta el 30 de septiembre de 2011, en la Oficina Económica y Comercial de España en El Cairo, hechos que no fueron controvertidos en el debate de instancia.

b) Durante dicho ejercicio 2011 le fue retenida por el ICEX la cantidad de 3.099,36 euros a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF). En su día había presentado autoliquidación por el mencionado impuesto.

c) Por considerarse no residente fiscal en España, el contribuyente presentó en la Agencia Tributaria (AEAT) con fecha de 19 de febrero de 2015 el modelo 210 del impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR), en que solicitó la devolución de la cantidad retenida a cuenta del IRPF de 2011.

d) En contestación a esta solicitud, la Oficina de Gestión Tributaria en Asturias de la AEAT formuló propuesta de resolución, de fecha ignorada, en las que se denegó la devolución solicitada, concluyendo que el interesado debía tributar en España por el IRPF al no haber aportado certificado acreditativo de residencia por la autoridad fiscal competente de otra jurisdicción tributaria, ni haber acreditado la tributación de la renta percibida en los Estados de destino. Esta propuesta condujo a la liquidación provisional denegatoria de la devolución pedida, una vez que el interesado evacuó el traslado para alegaciones que se le confirió.

e) Interpuesto por el Sr. Victoriano frente a aquella liquidación provisional reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) del Principado de Asturias, el mencionado órgano de revisión la desestimó mediante resolución de 23 de octubre de 2015 (reclamación núm. NUM000 -ejercicio 2011-).

### SEGUNDO. La sentencia de instancia.

1. Frente al citado acuerdo desestimatorio, don Victoriano interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dando lugar a la sentencia ahora impugnada en esta casación, la cual estimó el mencionado recurso, anuló los actos administrativos impugnados y reconoció el derecho de la actora a la devolución de las cantidades reclamadas, que la Sala de instancia considera indebidamente retenidas, más sus intereses legales. La sentencia razona en los siguientes términos (FJ 3º), sintéticamente expresados:

"[...] TERCERO.- Que tras una detenida y pormenorizada valoración de las alegaciones de hecho y de derecho formuladas por las partes litigantes en este proceso, así como de lo actuado en vía administrativa y judicial, debe comenzar esta Sala centrandó la cuestión litigiosa, que no es otra que determinar si es obligatorio para el



recurrente tributar en España por el IRPF, durante el período impositivo en el que se acredita que no ha residido en nuestro país durante más de 183 días, al disfrutar de una beca del Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX) que le obligó a permanecer durante ese tiempo fuera de España, de lo que se derivaría la cuestión referida a la necesidad de que la Administración procediera a la devolución de las cantidades retenidas a la retenedora del recurrente en concepto de IRPF por ese período impositivo.

Vamos a comenzar el análisis de los motivos impugnatorios articulados por la parte recurrente, por el que se relaciona con el fondo de la cuestión litigiosa, es decir, el aludido en tercer lugar en el Fundamento Jurídico Segundo de esta resolución.

Ciertamente el art. 8 de la Ley 35/06, de 28 de Noviembre, de IRPF, cuando delimita el concepto de contribuyente en este tributo, que el artículo 1 define como personal y directo, incluye a las personas físicas que tengan su residencia habitual en territorio español, previsión completada por el art. 9 que establece que se entenderá que tendrán su residencia habitual en España quienes, entre otros supuestos, a) permanezcan más de 183 días, durante el año natural, en territorio español. Para determinar este período de permanencia se computarán las ausencias esporádicas, salvo que acredite su residencia fiscal en otro país.

Así las cosas, en el caso que aquí se decide, existió un hecho cierto y reconocido por la propia Administración demandada, que el recurrente ha permanecido fuera de España más de 183 días durante el año natural que se corresponde con el período impositivo, art. 12 de la Ley 35/06. A juicio de esta Sala, esa residencia en otro país en el que se desarrollaban las actividades propias de la beca obtenida, no pueden calificarse de ausencias esporádicas ya que el hecho de la residencia fuera de España, durante más de 183, no sólo es un hecho cierto, sino que además responde a una circunstancia en absoluto relacionada con algo ocasional, sino que era una ausencia continuada, permanente y además con la finalidad de buscar y abrir caminos profesionales en el sector exterior, es decir, directa e íntimamente relacionado con la posibilidad más que cierta de que tuviese una consecuencia, obtener un trabajo en ese sector, es decir, fuera de España.

Por tanto, no solo concurre un elemento objetivo y cierto como es la no residencia en España durante más de 183 días durante un año natural, lo que por sí mismo justificaría la no obligación de tributar en España por IRPF, sino que en el supuesto que se quisiera añadir la exigencia de un requisito de orden subjetivo en relación con la intención de residir fuera de España, éste se produciría en este concreto supuesto que se decide, ya que no existe ningún elemento del que se pueda desprender la inexistencia de esa intención de residir fuera de España. En todo caso no sería fácil, desde el punto de vista probatorio, supeditar la obligación de tributar a la concurrencia de un elemento subjetivo como es el de la intención de residir fuera de España. Todo ello además si tenemos en cuenta la imprevisibilidad de esa circunstancia objetiva de la residencia, que a su vez es consecuencia lógica de la movilidad geográfica en una economía y un mercado globalizados.

Lo que sí es cierto es que la exigencia de la acreditación de residencia en otro país o la tributación también en otro Estado, no son requisitos exigibles en un supuesto como el aquí litigioso, donde la Administración no invoca que este último hubiese sido en un territorio considerado como paraíso fiscal.

Así las cosas, debe insistir esta Sala en que no puede calificarse esa estancia en un país extranjero disfrutando de una beca ICEX como una ausencia esporádica, y ello en la medida en la que no responde a una intención cierta de regresar al término de la misma, o al menos no puede tenerse por acreditada una circunstancia subjetiva como ésta. Por tanto, reiteramos nuestra posición de acudir al criterio objetivo de la residencia efectiva fuera de España durante más de 183 días, tal y como exige la norma aplicable.

De esta manera considera esta Sala que lo anteriormente expuesto tiene como consecuencia inevitable la declaración de disconformidad a derecho de la resolución impugnada con la consiguiente estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto que lleva aparejada la anulación de la resolución impugnada y el reconocimiento del derecho de la parte recurrente a la devolución de las cantidades indebidamente retenidas, más los intereses legales que en derecho procedan, todo ello sin necesidad de abordar el resto de los motivos impugnatorios articulados por la parte recurrente [...].

2. En resumen, según la sentencia, la recurrente ha permanecido fuera de España más de 183 días durante el año natural concernido (2011), que se corresponde con el período impositivo, conforme al artículo 12 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF (LIRPF). Por ello, señala la sentencia que esa residencia en otro país en el que se desarrollaban las actividades propias de la beca obtenida no puede ser considerada una ausencia esporádica, pues

*"[...] no puede calificarse esa estancia en un país extranjero disfrutando de una beca ICEX como una ausencia esporádica, y ello en la medida en la que no responde a una intención cierta de regresar al término de la misma, o al menos no puede tenerse por acreditada una circunstancia subjetiva como ésta. Por tanto, reiteramos nuestra*

*posición de acudir al criterio objetivo de la residencia efectiva fuera de España durante más de 183 días, tal y como exige la norma aplicable [...]”.*

3. Indica, por tanto, la sentencia, que la exigencia de acreditación de la residencia en otro país o la prueba de la tributación en otro Estado no son requisitos exigibles en un supuesto como el enjuiciado, donde la Administración no invoca que el país de destino sea un paraíso fiscal.

4. Como conclusión conducente al fallo, razona la Sala *a quo* la estancia en un país extranjero para desarrollar las actividades propias de una beca ICEX no puede calificarse como ausencia esporádica, pues no responde a una intención cierta de regresar al término del período previsto o, al menos, no puede tenerse por acreditada una circunstancia subjetiva de la que así se infiera.

### **TERCERO. Preparación y admisión del recurso de casación.**

1. La Administración General del Estado preparó recurso de casación mediante escrito presentado el 12 de enero de 2017.

2. En dicho escrito, el Abogado del Estado identificó como infringidos los artículos 8, apartados 1 y 2, y 9.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF), así como los artículos 105.1 y 108.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).

3. La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación por auto de 9 de febrero de 2017 y la Sección de admisión de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo lo admitió en otro de 24 de mayo siguiente, en el que aprecia que concurren en este recurso de casación las circunstancias de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia previstas en los apartados 3.a) y 2.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), precisando que las cuestiones que presentan ese interés son las que a continuación se expresan, las cuales consisten en determinar:

*«(i) Si la permanencia de un sujeto fuera del territorio nacional durante más de 183 días a lo largo del año natural como consecuencia del disfrute de una beca de estudios, y a fin de determinar su residencia habitual en España, debe reputarse como una ausencia esporádica a los efectos del artículo 9.1.a) de Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.*

*(ii) Si el concepto de «ausencias esporádicas» debe entenderse vinculado a un elemento volitivo que otorgue prioridad a la voluntad del contribuyente de establecerse de manera ocasional fuera del territorio español, con clara intención de retorno al lugar de partida; o, por el contrario, a un elemento fáctico que atienda exclusivamente al dato objetivo de la duración o la intensidad de la residencia fuera del territorio español.*

*(iii) Si, en cualquier caso, la consideración de las "ausencias esporádicas" como tiempo de permanencia en territorio español exige la acreditación de la residencia fiscal en otros país o si, como entiende la sentencia impugnada, esta exigencia sólo opera cuando el país o territorio de residencia sea considerado como paraíso fiscal».*

### **CUARTO. Interposición del recurso de casación.**

1. La Administración General del Estado interpuso el recurso de casación mediante escrito de 13 de junio de 2017, que observa los requisitos legales.

2. Sobre la infracción de los artículos 8, apartados 1 y 2, y 9.1 LIRPF sostiene que la sentencia los infringe por: (i) afirmar que el período de estancia en el extranjero no tiene la condición de *ausencia esporádica*, prescindiendo del carácter temporal de la beca concedida y de la finalidad de la propia beca, que es la formación; y (ii) prescindir de la obligación del sujeto pasivo de acreditar la residencia fiscal en el extranjero, abriendo así la puerta a un supuesto de desimposición. Si la residencia tiene carácter esporádico, el artículo 9 LIRPF impone con carácter obligatorio la prueba de esa residencia fiscal en el país extranjero, aunque no se trate de un paraíso fiscal. A partir de aquí, trata las siguientes cuestiones:

2.1. La falta de prueba de la intención de establecerse en el nuevo país: elemento objetivo y elemento intencional.

2.1.1. La jurisprudencia de este Tribunal supremo destaca la necesidad de que concurra el elemento objetivo, es decir, la realidad efectiva de la residencia en un lugar, pero en materia de ausencia temporales da entrada a un elemento subjetivo, *"un elemento intencional de permanencia"*, elemento que se vincula a la temporalidad o al carácter esporádico de la ausencia. Resulta necesaria la voluntad de residir efectivamente en otro país, rompiendo los vínculos derivados de la residencia habitual.

2.1.2. No es posible realizar un juicio sobre la intención de las personas basado en una prueba directa, pero es posible desentrañarla con base en indicios de los que pueda extraerse una conclusión. En el presente caso se



deduce la intención del recurrente de residir en España por los siguientes indicios: (i) el traslado al exterior se produce por la concesión por un organismo oficial de una beca para realizar prácticas, con objeto y duración determinados desde el momento de su concesión; (ii) el organismo concedente se hace cargo del transporte de ida al país de destino y vuelta a España, una vez concluido el período de prácticas; (iii) el recurrente presentó en España la declaración del IRPF, considerándose por tanto residente fiscal en nuestro país.

2.1.3. En definitiva, las circunstancias en que se produjo en este caso la estancia en el extranjero permiten caracterizar la residencia como "*ausencia esporádica*". Si solamente se atendiera al elemento objetivo de la duración, el artículo 9 LIRPF quedaría en muchos supuestos vacío de contenido. Este precepto adquiere significado precisamente en situaciones en las que la ausencia esporádica supera los 183 días.

2.2. Acreditación de la residencia fiscal en otro país. El artículo 9.1.a) LIRPF, a efectos de excluir del cómputo las ausencias esporádicas, permite distinguir entre las situaciones siguientes:

2.2.1. Regla general: ausencias esporádicas cuando el contribuyente acredite su residencia fiscal en otro país.

2.2.1.1. En una interpretación literal, cabe concluir que el legislador separa dos supuestos distintos (según que el país de residencia en el extranjero sea o no calificado de paraíso fiscal), pero impone a cada uno de ellos un requisito para acreditar la residencia, sin limitarlo a los supuestos de paraíso fiscal. Cuando se invoca la residencia en un país extranjero, si no se trata de un país o territorio calificado como paraíso fiscal, debe acompañarse prueba de la residencia fiscal en ese territorio; si se trata de un paraíso fiscal, la prueba se refiere a la acreditación de la permanencia en ese país o territorio. La Sala de instancia vulnera el tenor literal del precepto cuando limita la necesidad de acreditar la residencia o la tributación en otro país al supuesto de que se trate de un paraíso fiscal.

2.2.1.2. En una interpretación finalística de la norma la Sala de instancia también se equivoca, pues si aquella establece una excepción para las ausencias esporádicas y el obligado tributario establece que en ese período su residencia se encontraba en otro Estado, la ley española exige que se acredite esa residencia fiscal. Esta exigencia dota de seguridad jurídica a las relaciones entre el obligado tributario y el Estado y obedece a la necesidad de evitar lo que el TEAR denomina situaciones de "*desimposición*". Como el concepto de ausencia esporádica está vinculado a un elemento interno, la acreditación de la residencia fiscal en el otro Estado exterioriza la voluntad del obligado de residir en otro país.

2.3. Referencia al Modelo de Convenio de la OCDE: no hay ninguna norma en el modelo referido que resulte contraria a la regulación que sobre residencia se contiene en los artículos 8 y 9 LIRPF.

2.4. Como conclusiones, el abogado del Estado establece las siguientes: (1) si bien el concepto de residencia habitual a efectos fiscales es un concepto marcadamente objetivo, la ley introduce una cierta subjetividad o elemento intencional cuando dispone que las *ausencias esporádicas* se computarán como períodos de residencia en España; (2) para valorar el carácter esporádico de una ausencia hay que atender a las circunstancias concurrentes y, en el caso enjuiciado, la circunstancia de que la ausencia trae causa de la concesión de una beca temporal para realizar prácticas en el extranjero; (3) si el obligado tributario pretende que la ausencia inicialmente esporádica supone un cambio de residencia, la LIRPF le impone la prueba de la residencia fiscal en el Estado extranjero; y (4) la prueba de la residencia fiscal en otro Estado se exige aunque dicho Estado no esté incluido entre los países o territorios que tienen la consideración de paraíso fiscal.

3. Sobre la infracción de los artículos 105.1 y 108.4 LGT, sostiene la Administración recurrente que se ha producido porque la sentencia considera suficiente que exista residencia en el extranjero por más de 183 días, liberando al obligado tributario de toda prueba destinada a acreditar que esa residencia podía desvincularse del objeto y del plazo de duración de la beca, liberándole también de probar la sumisión a la jurisdicción fiscal del territorio extranjero.

4. Señala como pretensión la anulación de la sentencia recurrida y la confirmación de los actos y resoluciones administrativos impugnados. Subraya que no se opone a esa pretensión el hecho de que la sentencia discutida se pronuncie exclusivamente sobre el fondo de la cuestión, sin entrar en el resto de las pretensiones del recurrente. Ello, por las siguientes razones:

4.1. No se produjo alteración de la razón de decidir en la vía económico-administrativa en relación con la tomada en consideración en la decisión de la dependencia gestora. Si en esta última vía se aludía a la falta de acreditación de la residencia fiscal en otro Estado fue porque la Administración partió del hecho de que se trataba de una ausencia esporádica, circunstancia ésta que el TEAR, a la vista de las alegaciones, examinó con mayor detalle.

4.2. El reconocimiento del derecho a la devolución a otros contribuyentes en igual situación, pese a no estar acreditada tal circunstancia, resulta irrelevante, pues no cabe a igualdad en la ilegalidad.





#### **QUINTO. Falta de personación del demandante en la instancia.**

Don Victoriano , demandante en la instancia y favorecido por la sentencia estimatoria, no ha comparecido en este recurso a sostener su derecho, pese a haber sido emplazado para ello conforme a lo dispuesto en el artículo 89.5 LJCA .

#### **SEXTO. Señalamiento para deliberación, votación y fallo.**

En virtud de la facultad que le confiere el artículo 92.6 LJCA , la Sección no consideró necesaria la celebración de vista pública, por lo que las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, circunstancia que se hizo constar en providencia de 12 de enero de 2018, fijándose al efecto el día 27 de febrero de 2018, deliberándose el asunto en esa fecha hasta que se votó y falló el recurso, con el resultado que seguidamente se expresa, siendo ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas, que actúa en sustitución del ponente inicialmente designado como consecuencia de haber causado éste baja médica.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO. Objeto del presente recurso de casación.**

El objeto de esta sentencia consiste en determinar si la sentencia pronunciada por la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, impugnada en casación por el Abogado del Estado, es o no conforme a Derecho, en su tarea interpretativa del concepto de residencia fiscal, a los efectos de los artículos 8.1.a ) y 9.1.a) LIRPF , en relación con el caso sometido al enjuiciamiento de aquella.

Idéntica cuestión a la que ahora abordamos -también en relación con un becario del Instituto Español de Comercio Exterior al que le fue denegada la devolución de ingresos indebidos amparada en su alegada condición de *no residente*- ha sido resuelta por esta misma Sala y Sección en las sentencias de 28 de noviembre de 2017, dictadas, entre otros, en los recursos de casación núms. 807/2017 , 809/2017 , 813/2017 y 815/2917 .

Razones de coherencia y unidad de doctrina, inherentes a los postulados de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley proclamados en los artículos 9.3 y 14 de la Constitución , aconsejan ahora el mismo pronunciamiento desestimatorio adoptado en esas anteriores sentencias que acaban de mencionarse y reiterar también los razonamientos que en ellas se desarrollaron para justificar el fallo.

Unos razonamientos que se dan aquí por reproducidos al ser conocidos por la Administración aquí recurrente, puesto que igualmente lo fue en esos otros recursos de casación.

Y se reiteran los criterios interpretativos que fueron expresados en esas anteriores sentencias, consignándolos en la actual en el siguiente fundamento de derecho.

#### **SEGUNDO. Criterios interpretativos sobre los artículos 8.1.a ) y 9.1.a) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas .**

Conforme a lo hasta aquí expuesto, y según ordena el artículo 93.1 LJCA , procede fijar la siguiente interpretación de los preceptos legales y reglamentarios concernidos en este litigio:

1º) La permanencia fuera del territorio nacional durante más de 183 días a lo largo del año natural como consecuencia del disfrute de una beca de estudios, no puede considerarse como una ausencia esporádica a los efectos del artículo 9.1.a) de Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas , esto es, a fin de determinar la permanencia en España por tiempo superior a 183 días durante el año natural y, con ello, su residencia habitual en España.

2º) El concepto de *ausencias esporádicas* debe atender exclusivamente al dato objetivo de la duración o intensidad de la permanencia fuera del territorio español, sin que para su concurrencia pueda ser vinculado a la presencia de un elemento volitivo o intencional que otorgue prioridad a la voluntad del contribuyente de establecerse de manera ocasional fuera del territorio español, con clara intención de retorno al lugar de partida.

No es necesario, por lo que se razonó en las anteriores sentencias de esta Sala y Sección que se han mencionado, dar explícita respuesta a la tercera de las cuestiones señaladas en el auto de admisión.

#### **TERCERO. Resolución de las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso.**

1. A la luz de los anteriores criterios interpretativos, no procede acoger las pretensiones articuladas por la Administración General del Estado en este recurso de casación.

2. Se ha de confirmar la sentencia de instancia porque se ajusta a los criterios que hemos establecido y, en consecuencia, anuló los actos administrativos allí impugnados.



#### **CUARTO. Pronunciamiento sobre costas.**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA , al no apreciarse mala fe o temeridad en la conducta de la Administración recurrente -única comparecida en este recurso de casación-, no procede declaración expresa de condena en dicho concepto.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

**1º)** Fijar los criterios interpretativos expresados en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia.

**2º)** Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada el 28 de noviembre de 2016 por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el recurso 26/2016 , sentencia que confirmamos.

**3º)** No formular pronunciamiento sobre las costas del recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jose Diaz Delgado

D. Angel Aguallo Aviles D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco

D. Francisco Jose Navarro Sanchis D. Jesus Cudero Blas

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Jesus Cudero Blas, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.